# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 260/10

vom

15. September 2010

in der Familiensache

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. September 2010 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Dose, Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Günter

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 1. Familiensenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 12. Mai 2010 wird zurückgewiesen.

Gerichtskosten werden nicht erhoben (§ 2 FamGKG).

Die außergerichtlichen Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens werden der Rechtsbeschwerdeführerin auferlegt (§ 81 FamFG).

Verfahrenswert: 1.100 €.

Gründe:

1 Das Familiengericht hat in einer Kindschaftssache den drei minderjährigen Kindern jeweils die Rechtsbeschwerdegegnerin als berufsmäßigen Verfahrensbeistand mit dem erweiterten Aufgabenkreis gemäß § 158 Abs. 4 Satz 3 FamFG bestellt.

2 Auf Antrag der Rechtsbeschwerdegegnerin hat das Familiengericht ihr eine Vergütung von insgesamt 1.650 € zugesprochen (3 x 550 €). Die hiergegen von der Rechtsbeschwerdeführerin eingelegte Beschwerde blieb erfolglos. Zur Begründung hat das Beschwerdegericht u. a. ausgeführt, die Fallpauschale

sei für jedes Kind zu zahlen, für dessen Vertretung der Verfahrensbeistand bestellt worden sei.

3 Hiergegen wendet sich die Staatskasse mit der Rechtsbeschwerde.

I.

4 Die vom Beschwerdegericht zugelassene und damit gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthafte Rechtsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig.

5 Die Freie und Hansestadt Hamburg ist als Rechtsbeschwerdeführerin durch die angegriffene Entscheidung beschwert (vgl. zum Erfordernis der Beschwer Prütting/Helms/Abramenko FamFG § 70 Rdn. 6). Denn gemäß § 158 Abs. 7 Satz 5 FamFG ist die Vergütung aus der Staatskasse zu zahlen.

6 Die Rechtsbeschwerde scheitert auch nicht an der gemäß § 114 Abs. 3 FamFG erforderlichen Postulationsfähigkeit, da sich die die Rechtsbeschwerdeführerin vertretende Justizbehörde durch eine Richterin, damit durch eine Volljuristin vertreten lässt (s. dazu Senatsbeschlüsse vom 7. Juli 2010 - XII ZB 149/10 und XII ZB 150/10 - zur Veröffentlichung bestimmt).

II.

7 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

8 Das Beschwerdegericht hat gemäß § 158 Abs. 7 Satz 2 und 3 FamFG zu Recht eine Gesamtvergütung von 1.650 € festgesetzt, also pro Kind jeweils 550 €.

9 Gemäß § 158 Abs. 1 FamFG hat das Gericht dem minderjährigen Kind in Kindschaftssachen, die seine Person betreffen, einen geeigneten Verfahrensbeistand zu bestellen, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist. Nach Abs. 4 dieser Norm hat der Verfahrensbeistand das Interesse des Kindes festzustellen und im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen. Er hat das Kind über Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens in geeigneter Weise zu informieren. Soweit nach den Umständen des Einzelfalls ein Erfordernis besteht, kann das Gericht gemäß § 158 Abs. 4 Satz 3 FamFG dem Verfahrensbeistand die zusätzliche Aufgabe übertragen, Gespräche mit den Eltern und weiteren Bezugspersonen des Kindes zu führen sowie am Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung über den Verfahrensgegenstand mitzuwirken. Ausweislich § 158 Abs. 7 Satz 2 FamFG erhält der Verfahrensbeistand für die Wahrnehmung seiner Aufgaben nach Abs. 4 in jedem Rechtszug jeweils eine einmalige Vergütung in Höhe von 350 €, wenn die Verfahrensbeistandschaft berufsmäßig geführt wird. Im Falle der Übertragung von Aufgaben nach Abs. 4 Satz 3 FamFG erhöht sich die Vergütung auf 550 €. § 158 Abs. 7 Satz 4 FamFG regelt schließlich, dass die Vergütung auch Ansprüche auf Ersatz anlässlich der Verfahrensbeistandschaft entstandener Aufwendungen sowie auf die Vergütung anfallender Umsatzsteuer abgilt.

10 1. Eine ausdrückliche Regelung, wie die Vergütung des Verfahrensbeistands zu bemessen ist, wenn dieser für mehrere Kinder bestellt ist, enthält § 158 FamFG nicht. Es entspricht jedoch einhelliger Auffassung in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur, dass die Fallpauschale für jedes Kind, für das der Verfahrensbeistand bestellt ist, anfällt (OLG Rostock FamRZ

2010, 1181 f.; OLG Celle FamRZ 2010, 1182; OLG Stuttgart FamRZ 2010, 1003; OLG Frankfurt FamRZ 2010, 666; OLG München Beschluss vom 20. Mai 2010 - 11 WF 570/10 - juris [Leitsatz]; OLG Oldenburg Beschluss vom 28. April 2010 - 11 WF 64/10 - juris Rdn. 6; OLG Saarbrücken Beschluss vom 13. April 2010 - 9 WF 28/10 - juris Rdn. 9; OLG Braunschweig Beschluss vom 22. März 2010 - 2 WF 19/10 - n.v.; Menne ZKJ 2009, 68, 74; Keidel/Engelhardt FamFG 16. Aufl. § 158 Rdn. 47; Johannsen/Henrich/Büte Familienrecht 5. Aufl. § 158 Rdn. 29; Prütting/Helms/Stößer FamFG § 158 Rdn. 32; Meysen/Stötzel FamFG § 158 Rdn. 34; Bahrenfuss/Schlemm FamFG § 158 Rdn. 17; Thesen der AK 10 und 11 des 18. DFGT, Brühler Schriften zum Familienrecht 2010, S. 116 und 119).

11 2. Der Senat folgt dieser Auffassung.

12 a) Schon der Wortlaut des § 158 FamFG legt nahe, dass sich die in Absatz 7 Satz 2 und 3 FamFG geregelte Pauschalgebühr jeweils auf die Verfahrensbeistandschaft für *ein* Kind bezieht. In Abs. 1 dieser Vorschrift heißt es, dass das Gericht "dem minderjährigen Kind" einen geeigneten Verfahrensbeistand zu bestellen hat. Ausweislich § 158 Abs. 4 Satz 1 FamFG hat der Verfahrensbeistand "das Interesse des Kindes" festzustellen und im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen. Das bisweilen von den Bezirksrevisoren hiergegen vorgebrachte Argument, den zitierten Passagen lasse sich keine zahlenmäßige Einschränkung auf nur ein Kind entnehmen, vielmehr seien hier nur Regelungen in Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Verfahrensbeistand und dem Kind als Verfahrensbeteiligter getroffen, ist nicht überzeugend.

13 b) Dass der Gesetzgeber mit der Norm des § 158 Abs. 7 FamFG die Vergütung der Verfahrensbeistandschaft jeweils nur auf das Verfahren und

nicht auf die betroffenen Kinder beziehen wollte, ist den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen.

14 Mit der konkreten Fragestellung hat sich der Gesetzgeber - soweit aus den Gesetzesmaterialien ersichtlich - nicht befasst. Zwar hat er sich bei der Einführung der Fallpauschale durch das FamFG auch von fiskalischen Interessen leiten lassen. Andererseits war es dem Gesetzgeber ein Anliegen, dem Verfahrensbeistand eine auskömmliche Vergütung zu gewährleisten. Dies zeigt nicht zuletzt die nachträglich erfolgte Ergänzung des § 158 Abs. 7 Satz 2 FamFG, wonach der Verfahrensbeistand für seine Tätigkeit "in jedem Rechtszug" jeweils eine einmalige Gebühr erhält.

15 aa) Zutreffend weisen die Vertreter der Staatskasse zwar darauf hin, dass der Gesetzgeber die Fallpauschale für den Verfahrensbeistand deshalb eingeführt hat, um die Belastung der Länderhaushalte in kalkulierbaren Grenzen zu halten (vgl. BT-Drucks. 16/9733 S. 294).

16 Richtig ist auch, dass sich die Vergütung des Verfahrensbeistands nach dem Willen des Gesetzgebers an den entsprechenden Gebührensätzen für einen in einer Kindschaftssache tätigen Rechtsanwalt orientieren, sie jedenfalls nicht übertreffen soll (s. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 23. Juni 2008 BT-Drucks. 16/9733 S. 294 unter Hinweis auf die Stellungnahme des Bundesrates vom 6. Juli 2007 BR-Drucks. 309/07 S. 62). Daraus lässt sich entgegen der Auffassung der Vertreter der Staatskasse aber nicht zwingend auf eine entsprechende Anwendung des § 7 Abs. 1 RVG schließen, wonach ein Rechtsanwalt in derselben Angelegenheit die Gebühren nur einmal erhält, (auch) wenn er für mehrere Auftraggeber tätig wird. Vielmehr lässt sich die Gesetzesbegründung auch dahin verstehen, dass sich nur die Höhe der einzelnen Fallpauschale an den anwaltlichen Gebühren orientieren

soll, nicht jedoch die mögliche Gesamtvergütung (so OLG Braunschweig Beschluss vom 22. März 2010 - 2 WF 19/10 - n.v.).

17 bb) Ausweislich der Gesetzesmaterialien war die Neuordnung der Vergütung aber auch von dem Gedanken getragen, dass eine auskömmliche Vergütung des Verfahrensbeistands verfassungsrechtlich geboten sei. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat der Rechtsausschuss ausgeführt, der "Verfahrenspfleger" dürfe nicht durch eine unzureichende Vergütung davon abgehalten werden, die für eine effektive, eigenständige Interessenvertretung des Kindes im Verfahren erforderlichen Einzeltätigkeiten zu entfalten (BT-Drucks. 16/9733, S. 294). Den Vorschlag des Bundesrats, für die - ursprünglich unter Verweis auf § 277 FamFG erwogene - aufwandsbezogene Vergütung des Verfahrensbeistands eine Höchstgrenze vorzusehen, hat der Rechtsausschuss abgelehnt, weil ein solches Vergütungssystem dem Verfahrensbeistand keine Mischkalkulation aus einfach und komplex gelagerten Fällen eröffne und zu einer unzureichenden Vergütung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts führen könnte. Zudem verbliebe bei dieser Vergütungsform weiterhin - wie nach geltendem Recht - ein hoher Abrechnungs- und Kontrollaufwand (BT-Drucks. 16/9733 S. 294).

18 cc) Schließlich hat der Gesetzgeber das FamFG gegen den - ursprünglichen - Widerstand des Bundesrates durch das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2449) dahin ergänzt, dass die Pauschalvergütung des Verfahrensbeistands nach § 158 Abs. 7 Satz 2 FamFG nunmehr für jeden Rechtszug zu bewilligen ist (siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 22. April 2009 BT-Drucks. 16/12717 S. 50, 61). Dazu wurde in der Bundesratsitzung vom 15. Mai 2009 ausgeführt, nur eine

angemessene Vergütung sichere eine engagierte Vertretung des Kindes, die gerade in hochstreitigen Fällen notwendig sei, um das Kind zu schützen (Bundesratsprotokoll Nr. 858 vom 15. Mai 2009 S. 229).

19 c) Auch eine teleologische Auslegung des § 158 FamFG spricht für eine gesonderte Vergütung der jeweiligen Verfahrensbeistandschaft.

20 Es entspräche nicht dem Sinn und Zweck des § 158 FamFG, der dem minderjährigen Kind in Kindschaftssachen einen effektiven Verfahrensbeistand zur Seite stellen will, durch eine restriktive Kostenregelung dessen Aufgabenwahrnehmung zu erschweren oder gar zu verhindern. Hinzu kommt, dass bei der Beteiligung mehrerer Kinder nach § 158 FamFG für jedes Kind ohnehin ein gesonderter Verfahrensbeistand bestellt werden kann, mit der Folge, dass jeder Verfahrensbeistand für seine Tätigkeit die entsprechende Vergütungspauschale abrechnen kann (OLG Celle FamRZ 2010, 1182).

21 Dasselbe muss dann aber auch gelten, wenn *ein* Verfahrensbeistand für mehrere Kinder bestellt wird. Dem steht § 43 a Abs. 4 BRAO nicht entgegen, wonach ein Rechtsanwalt keine widerstreitenden Interessen vertreten darf. In § 3 Abs. 1 der Berufsordnung der Rechtsanwälte heißt es hierzu u. a., dass der Rechtsanwalt nicht tätig werden darf, wenn er eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat. Soweit die Vertreter der Staatskasse hieraus herleiten, dass auch im Falle widerstreitender Interessen der Geschwisterkinder nicht ein und derselbe Verfahrensbeistand bestellt werden könne, verkennen sie, dass die vorgenannten Normen auf die Verfahrensbeistandschaft nicht, auch nicht sinngemäß anzuwenden sind. Im Kindschaftsverfahren wären "Partei" nicht die jeweiligen Geschwisterkinder, sondern regelmäßig die Eltern bzw. das Jugendamt; insoweit geht es um die Frage, welche Sorge- bzw. Umgangsregelung im Verhältnis der

Eltern zueinander bzw. im Verhältnis der Eltern zum Jugendamt unter Kindeswohlgesichtspunkten die sinnvollste ist. Dagegen stehen sich die Geschwisterkinder in einem Kindschaftsverfahren regelmäßig nicht als Widerpart gegenüber. Zwar mögen die Kinder unterschiedliche Vorstellungen oder Interessen haben. Diese stehen aber nicht zwingend in einem Interessenwiderspruch zueinander. Gleichwohl mag es Fälle geben, in denen es aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls geboten ist, jedem Kind einen eigenen Verfahrensbeistand zu bestellen.

22 d) Jedenfalls eine verfassungskonforme Auslegung des § 158 FamFG führt zu dem Ergebnis, dass die Vergütung für jede Verfahrensbeistandschaft gesondert zuzusprechen ist. Wie oben bereits ausgeführt, kam es dem Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen darauf an, eine auskömmliche Vergütung des Verfahrensbeistands sicherzustellen, um zu verhindern, dass er durch eine unzureichende Vergütung davon abgehalten werde, die für eine effektive, eigenständige Interessenvertretung des Kindes im Verfahren erforderlichen Einzeltätigkeiten zu entfalten (vgl. BT-Drucks. 16/9733 S. 294). Würde man § 158 FamFG jedoch dahin auslegen, dass die Vergütung lediglich für das Verfahren als solches anfällt, unabhängig davon, wie vielen Kindern ein Verfahrensbeistand bestellt worden ist, wäre diesen vom Gesetzgeber aufgestellten, auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bezug nehmenden Kriterien nicht (mehr) hinreichend Rechnung getragen.

23 aa) Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 9. März 2004 (FamRZ 2004, 1267, 1269) ausgeführt, Maßstab für den Umfang der Tätigkeit eines Verfahrenspflegers und damit auch den seines Vergütungsanspruchs sei die Erkundung und Wahrnehmung des kindlichen Interesses. Daraus folge, dass eine Vergütungspraxis mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar sei, die dem Verfahrenspfleger nicht ermögliche, die Interessen der von ihm

vertretenen Kinder zu deren Grundrechtsverwirklichung im Verfahren wahrzunehmen. Es sei einem Verfahrenspfleger weder zumutbar, im Rahmen der ihm übertragenen Pflegschaft seine Tätigkeit so einzuschränken, dass sie mangels ausreichender Wahrnehmung der Interessen des Kindes das Recht verletze, noch sei es ihm zumutbar, Tätigkeiten unentgeltlich zu erbringen, um einen den Grundrechten des Kindes gerecht werdenden verfassungsrechtlich gebotenen Standard der Kindesvertretung zu gewährleisten (BVerfG FamRZ 2004, 1267, 1269). Zudem verpflichte das Persönlichkeitsrecht des von einem sorgerechtlichen Verfahren betroffenen Kindes aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG dazu, auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht Vorkehrungen zu treffen, um eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu ermöglichen. Würden dem Verfahrenspfleger die für eine solche Vertretung der "subjektiven Interessen" des Kindes erforderlichen Tätigkeiten nicht vergütet, würde sein Einsatz zur Wahrung der Kindesinteressen ineffektiv und entspräche nicht dem mit ihm bezweckten Schutz der Rechte der betroffenen Kinder (BVerfG FamRZ 2004, 1267, 1270).

24 bb) Eine restriktive Auslegung des § 158 FamFG trägt die Gefahr in sich, dass den vorstehend genannten Anforderungen auch unter Berücksichtigung einer Mischkalkulation nicht mehr hinreichend Rechnung getragen wird.

25 Dabei kann dahin stehen, ob die Pauschalvergütung ausreichend ist, wenn es sich um die Bestellung des Verfahrensbeistands für nur ein Kind handelt. Dies wird in Teilen der Literatur bestritten (Bode ZKJ 2009, 410, 412; Trenczek ZKJ 2009, 196, 200 unter Hinweis auf die Verlautbarung der "Arbeitsgemeinschaft Verfahrenspflegschaft", wonach im Rahmen der Verfahrenspflegschaft bislang durchschnittliche Kosten in Höhe von 800 € pro Fall angefallen seien; Coester FF 2009, 269, 279; Koritz FPR 2009, 331, 332; Knödler ZKJ 2010, 135, 139; vgl. auch Menne ZKJ 2009, 68, 73, der unter Hinweis auf die zum alten Recht ergangenen Entscheidungen aufzeigt, dass in den hochstreiti-

gen Fällen Verfahrenspflegerentschädigungen von mehr als 1.000 € keine Seltenheit waren). Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu erwogen, dass man unzulängliche Einnahmen durch ein mehrfaches Entstehen der Fallpauschale für Geschwisterkinder im Rahmen einer Mischkalkulation ausgleichen könnte (BVerfG FamRZ 2010, 185).

26 Jedenfalls dann, wenn der Verfahrensbeistand auch im Falle einer Mehrfachbestellung nur *eine* Pauschalgebühr erhielte, wäre eine auskömmliche Vergütung nicht mehr sichergestellt. Ist der Verfahrensbeistand für mehrere Kinder bestellt, hat er die Interessen jedes einzelnen Kindes festzustellen und zur Geltung zu bringen. Das gilt insbesondere dann, wenn die Interessen unterschiedlich sind und sich möglicherweise sogar widersprechen. Der Verfahrensbeistand mag eine gewisse Zeitersparnis haben, wenn er die Kinder in einem Haushalt, in Einzelfällen auch gemeinsam anhören kann. Dies ist jedoch nicht immer gewährleistet; nicht selten leben die Kinder an unterschiedlichen Orten. Den wesentlichen Aufwand verwendet der Verfahrensbeistand jedoch ohnehin auf die Ermittlung der besonderen Bedürfnisse und des Willens des einzelnen Kindes, wobei es insbesondere bei Kindern deutlich unterschiedlichen Alters regelmäßig erhebliche Abweichungen gibt. Eine auskömmliche Vergütung des Verfahrensbeistands wird daher auch nicht immer mittels einer Mischkalkulation aus einfachen und schwierigen Fällen sichergestellt werden können. Zum einen wird der Verfahrensbeistand häufig in einfach gelagerten Fällen erst gar nicht bestellt werden (Menne ZKJ 2009, 68, 73). Zum anderen würden bei der Gewährung lediglich *einer* Vergütungspauschale im Falle der Mehrfachbestellung

den "leichten" Verfahren nicht lediglich die "schwierigen" gegenüberstehen, sondern auch die - jedenfalls quantitativ - aufwändigen Fälle, in denen mehrere Kinder zu beteiligen sind.

Hahne Dose Klinkhammer

Schilling Günter

Vorinstanzen:
AG Hamburg, Entscheidung vom 20.01.2010 - 634 F 353/09 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 12.05.2010 - 10 WF 19/10 -